

## ΓΝΩΜΟΔΟΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

*Γεώργιου Δέλλιου*  
*Καθηγητή Αστικού Δικαίου*  
*Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.*

*Αναστάσιου Βαλτούδη*  
*Αναπλ. Καθηγητή Αστικού Δικαίου*  
*Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.*

### ΘΕΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ

Σε συνέχεια της από 10.6.2015 γνωμοδότησής μας με τίτλο «Συμβάσεις δανείων σε ελβετικό φράγκο. Κύρος γενικών όρων συναλλαγών και συναφή ζητήματα», μας τέθηκε προσθέτως το ερώτημα αναφορικά με τη βασιμότητα ή μη του ισχυρισμού ότι ο επίμαχος ΓΟΣ 7α §§ 1-2 των δανειακών συμβάσεων σε ελβετικό φράγκο δεν επιτρέπεται να ελεγχθεί ως προς τη διαφάνειά του κατά το άρθρο 2 § 2 εδ. α' ν. 2251/1994, διότι είναι «δηλωτικός», δηλαδή επαναλαμβάνει ρύθμιση νόμου, και συγκεκριμένα τη ρύθμιση της ΑΚ 291, και ενόψει του ότι το σύνολο των δανειοληπτών επέλεξαν να αποπληρώσουν τα επίμαχα δάνεια σε ευρώ, θέτουμε υπόψη τα παρακάτω:

### ΑΠΑΝΤΗΣΗ

1. Γνωστό είναι πως στον έλεγχο καταχρηστικότητας του ν. 2251/1994 δεν υπόκεινται οι γενικοί όροι συναλλαγών (στο εξής: ΓΟΣ), που επαναλαμβάνουν διατάξεις ενδοτικού ή αναγκαστικού δικαίου. Πρόκειται για τους λεγόμενους «δηλωτικούς όρους» (deklaratorische Klauseln). Τον εξαιρετικό αυτό αποκλεισμό των ανωτέρω ΓΟΣ από τον έλεγχο καταχρηστικότητας προβλέπει ρητά το Άρθρο 1 § 2 εδ. α' και β' Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ για τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές. Εκεί συγκεκριμένα αναγράφεται ότι «οι ρήτρες της σύμβασης που απηχούν νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις αναγκαστικού δικαίου ... δεν υπόκεινται στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας» (για το ότι ο όρος «διατάξεις αναγκαστικού δικαίου» δεν ακριβολογεί και πρέπει να νοηθεί ως διατάξεις απλώς δεσμευτικού, αναγκαστικού ή ενδοτικού, δικαίου βλ. Δέλλιο, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του ιδιωτικού δικαίου, τ. II, Ο δικαστικός έλεγχος του

περιεχομένου των καταναλωτικών συμβάσεων και τα όριά του, 2001, σελ. 372 σημ. 111).

2. Αιτιολογία του ανωτέρω αποκλεισμού είναι, κατά τον κοινοτικό νομοθέτη, το γεγονός ότι οι εθνικές διατάξεις θεωρείται ότι «δεν περιέχουν καταχρηστικές ρήτρες» (βλ. 13<sup>η</sup> Σκέψη του Προοιμίου της Οδηγίας 93/13). Την ισορροπία έτσι που επέτυχε ο εθνικός νομοθέτης με τις επιμέρους συναφείς διατάξεις, και η οποία τεκμαίρεται ως εύλογη (πρβλ. ΔΕΕ, 21.3.2013, Vertrieb/Nordrhein-Westfalen, 92/11, Σκ. 28<sup>η</sup>), αποφάσισε ρητώς να διατηρήσει ο κοινοτικός νομοθέτης (βλ. από τη θεωρία Δέλλιο, ό.π., Προστασία των καταναλωτών, τ. II, σελ. 372 · τον ίδιο, Γενικοί Όροι Συναλλαγών, Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης, 2<sup>η</sup> έκδ., 2013, αρ. 238-239 · Παμπούκη, Γενικοί (προδιατυπωμένοι) όροι συναλλαγών που επαναλαμβάνουν διατάξεις του νόμου, Παρατηρήσεις, ΕπισκεΔ 1997, 1015 · Kappus, Inhaltskontrolle gesetzesrezitierender Klauseln, NJW 2003, 322).

3. Η ανωτέρω εξαίρεση από τον έλεγχο κύρους των ΓΟΣ απηχεί ασφαλώς και την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο σε πολλές περιπτώσεις αποφάνθηκε ότι οι ΓΟΣ που επαναλαμβάνουν εθνικές νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις, «χωρίς να έχει επέλθει μέσω συμβατικής ρήτρας μεταβολή του πεδίου εφαρμογής τους ή του περιεχομένου τους», τεκμαίρεται ότι τηρούν την «κατοχυρωμένη από τον εθνικό νομοθέτη συμβατική ισορροπία» (βλ. ΔΕΕ, 30.4.2014, Barkleys Bank SA/Garsia & Barrera, 280/13, Σκ. 41<sup>η</sup> · ΔΕΕ, 10.9.2014, Kusionnová/SMART Capital, 34/13, Σκ. 76<sup>η</sup> · ΔΕΕ, 23.10.2014, Schultz/Schussental και Egbringhoff/Ahaus GmbH, 359/11 ΚΑΙ 400/11, Σκ. 51<sup>η</sup>).

4. Το ανώτατο δικαστήριο της ΕΕ βέβαια δεν παραλείπει συνεχώς να αποφαινεται ότι «όπως κάθε εξαίρεση, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της εν λόγω οδηγίας, ήτοι της προστασίας των καταναλωτών έναντι καταχρηστικών ρητρών εισαγόμενων από τους επαγγελματίες σε καταναλωτικές συμβάσεις, η εξαίρεση αυτή πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς» (βλ. ΔΕΕ, 10.9.2014, Kusionnová/SMART Capital, 34/13, Σκ. 77<sup>η</sup>), στο δε εθνικό δικαστήριο εναπόκειται να ελέγξει αν πράγματι ένας ΓΟΣ, ο οποίος αποτελεί και το αντικείμενο της διαφοράς που εκκρεμεί

ενώπιόν του, επαναλαμβάνει την ουσία και το περιεχόμενο μιας εθνικής διάταξης (βλ. ΔΕΕ, 30.5.2013, Brusse/Garabito, 488/11, Σκ. 31<sup>η</sup>). Τούτο διότι -σύμφωνα και με την απολύτως κρατούσα και ορθότερη στη θεωρία γνώμη- ένας ΓΟΣ κρίνεται δηλωτικός μόνο όταν ρυθμίζει ζήτημα που ανταποκρίνεται πλήρως στο ρυθμιστικό πρότυπο του εθνικού νομοθέτη. Δηλαδή μόνον όταν αυτό που ορίζεται στη σύμβαση θα ίσχυε έτσι κι αλλιώς, ακόμη και αν δεν υπήρχε η επίμαχη ρήτρα. Ο ΓΟΣ αντίθετα, που επαναλαμβάνει εθνική ρύθμιση, σε συναλλαγή που αποκλίνει από το ρυθμιστικό πρότυπο που προϋπέθεσε ο εθνικός νομοθέτης όταν θέσπιζε την εθνική ρύθμιση, δεν είναι δηλωτικός αλλά συνήθης ή αλλιώς «φαινομενικά δηλωτικός» όρος (scheinbar deklaratorische Klausel), υπαγόμενος σε πλήρη έλεγχο του κύρους του (διαφάνειας και καταχρηστικότητας) με βάση τον ν. 2251/1994 (βλ., με αναφορά στις αποκλίσεις ΓΟΣ από ρυθμίσεις επώνυμων συμβατικών τύπων, π.χ. πώλησης, μίσθωσης κ.λπ., Δέλλιο, ό.π., Προστασία των καταναλωτών, σελ. 372-373 · τον ίδιο, ό.π., Γενικοί Όροι Συναλλαγών, αρ. 240 · Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4<sup>η</sup> έκδ., 1999, RiLi άρθρ. 4 αρ. 5 · Schmidt-Salzer, Transformation der EG-Richtlinie über die missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gesetz, BB 1995, 2. Teil, 1493, 1495, τον ίδιο, Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in Festschrift Brandner, 1996, σελ. 259, 261-262).

5. Έτσι ο ΓΟΣ, ο οποίος επαναλαμβάνει για τον A συμβατικό τύπο κατά λέξη μια εθνική ρύθμιση που ο νομοθέτης την προορίζει να ισχύει για τον B συμβατικό τύπο, δεν είναι δηλωτικός αλλά συνήθης, υποκείμενος σε πλήρη έλεγχο της διαφάνειας και της στάθμισης των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών που επιφέρει (βλ. *H. Schmidt* in *Bamberger/Roth*, BGB, 3<sup>η</sup> έκδ., 2012, § 307 αρ. 70). Επίσης όταν ο ΓΟΣ επαναλαμβάνει εθνική διάταξη, για να ρυθμίσει ίδιο ζήτημα με αυτό που ρυθμίζει η εθνική διάταξη, όμως, λόγω των ιδιαίτερων περιστάσεων, το ρυθμιστέο από τον ΓΟΣ ζήτημα αποκλίνει ουσιαδώς από το ρυθμιστικό πρότυπο που προϋπέθεσε ο εθνικός νομοθέτης, τότε και πάλι δεν συντρέχει περίπτωση δηλωτικού

όρου αλλά συνήθη ΓΟΣ, υπαγόμενου στον πλήρη έλεγχο κύρους του ν. 2251/1994 (βλ. *Kieninger* σε *Münchener Kommentar zum BGB*, 5<sup>η</sup> έκδ., 2007, § 307 αρ. 8<sup>1</sup>).

6. Στην προκείμενη περίπτωση η ΑΚ 291 προβλέπει ότι «όταν πρόκειται για χρηματική οφειλή σε ξένο νόμισμα που πρέπει να πληρωθεί στην Ελλάδα, ο οφειλέτης, αν δεν συμφωνήθηκε το αντίθετο, έχει δικαίωμα να πληρώσει σε εγχώριο νόμισμα με βάση την τρέχουσα αξία του ξένου νομίσματος στο χρόνο και τον τόπο της πληρωμής». Ο δε επίμαχος ΓΟΣ (Όρος 7α §§ 2 και 3 των δανειακών συμβάσεων) προβλέπει ότι: «Εφ' όσον το Δάνειο ή οποιοδήποτε τμήμα αυτού έχει χορηγηθεί σε συνάλλαγμα, ο/οι Οφειλέτης/ες υποχρεούται/νται να εκπληρώσει/ουν τις εντεύθεν υποχρεώσεις του/τους προς την Τράπεζα είτε στο νόμισμα της χορήγησης, είτε σε EURO με βάση την τρέχουσα τιμή πώλησης του νομίσματος την ημέρα της καταβολής» (§ 2). «Εφ' όσον το Δάνειο χορηγήθηκε κατά ένα μέρος σε Euro και κατά το υπόλοιπο σε συνάλλαγμα, το ποσό των κάθε μορφής εισπράξεων σε εξόφληση των από το δάνειο υποχρεώσεων, σε περίπτωση αμφιβολίας, φέρεται σε εξόφληση των Euro και συναλλαγματικών υποχρεώσεων με την ίδια αναλογία Euro/συναλλαγματικής χορήγησης» (§ 3).

7. Και το ερώτημα είναι: Ο ανωτέρω επίμαχος ΓΟΣ επαναλαμβάνει άραγε την ουσία και το περιεχόμενο της ΑΚ 291 (βλ. ΔΕΕ, ό.π., *Brusse/Garabito*, Σκ. 31<sup>η</sup>); Δηλαδή προϋποθέτει το ίδιο ρυθμιστικό πρότυπο που προϋπέθεσε ο έλληνας νομοθέτης με την ΑΚ 291 (βλ. *MünchKomm-Kieninger*, ό.π., § 307 αρ. 8); Ή, κατ' άλλη διατύπωση, θα ίσχυε η ΑΚ 291 και αν ακόμη δεν υπήρχε ο επίμαχος ΓΟΣ; Η απάντηση εδώ μπορεί να είναι μόνο αρνητική. Και αυτό για δύο λόγους:

---

<sup>1</sup> Βλ. *MünchKomm-Kieninger*, ό.π., § 307 αρ. 8: "Schliessen die Parteien einen Vertrag, der zwar den allgemeinen begrifflichen Merkmalen eines durch dispositive Rechtsvorschriften geregelten Vertragstyps entspricht, aber auf Grund der besonderen Umstände des Falles von dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers wesentlich abweicht, so kann in einem solchen Fall die Überprüfung einer AGB-Klausel nach Massgabe der §§ 307 ff. selbst dann in Betracht kommen, wenn diese Klausel sich mit einer dispositiven Rechtsvorschrift deckt" (μτφ.: Αν τα μέρη συνάψουν σύμβαση που αντιστοιχεί μεν στα γενικά εννοιολογικά γνωρίσματα ενός, ρυθμιζόμενου από διατάξεις ενδοτικού δικαίου, συμβατικού τύπου, λόγω όμως των ιδιαίτερων περιστάσεων της περίπτωσης αποκλίνει ουσιαστικά από το ρυθμιστικό πρότυπο του νομοθέτη, τότε ο ΓΟΣ υπόκειται σε έλεγχο κύρους κατά τα πρότυπα των §§ 307 επ. (αντίστοιχων προς τις διατάξεις του άρθρου 2 ν. 2251/1994) έστω και αν επαναλαμβάνει διάταξη ενδοτικού δικαίου).

8. Πρώτον διότι το ρυθμιστικό πρότυπο που προϋπέθεσε ο έλληνας νομοθέτης στην ΑΚ 291 δεν έχει καμιά σχέση με την ρυθμιστέα από τον επίμαχο ΓΟΣ σύμβαση. Η ΑΚ 291, που ψηφίστηκε το έτος 1940 και τέθηκε σε ισχύ το έτος 1945, προϋποθέτει -και εύλογα- χρηματικές ενοχές, στις οποίες ο οφειλέτης αναλαμβάνει τον κίνδυνο μιας μόνο συναλλαγματικής ισοτιμίας (spot), δηλαδή τον κίνδυνο της συναλλαγματικής ισοτιμίας του ξένου νομίσματος (π.χ. δάνειο σε δολάρια και αποπληρωμή των δόσεων σε δολάρια, πώληση εμπορευμάτων έναντι τιμήματος σε αγγλική λίρα και καταβολή τιμήματος σε αγγλική λίρα κ.ο.κ.). Πράγματι τον συναλλαγματικό αυτόν κίνδυνο συναντούμε σε όλα τα επίδικα περιστατικά, που έχουν τεθεί μέχρι σήμερα στην κρίση των ελληνικών δικαστηρίων είτε πρόκειται για χρηματικές οφειλές από στιγμιαίες συμβάσεις είτε για χρηματικές οφειλές από διαρκείς ενοχικές σχέσεις, ακόμη δε και από συμβάσεις χορήγησης τραπεζικού δανείου (βλ. χαρακτηριστικά για σύμβαση δανείου ΑΠ 1861/2011 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 678/2010 ΝΟΜΟΣ· ΕφΠειρ 966/2007 ΔΕΕ 2008, 341· ΕφΘεσ 3357/1995 ΕΛΛΔνη 1996, 193· ΕφΠειρ 467/1992 ΕΝαυτΔ 1993, 250· ΕφΠειρ 1533/1990 ΕΝαυτΔ 1992, 1· για σύμβαση παροχής δικηγορικών υπηρεσιών ΑΠ 1614/2006 ΝοΒ 2007, 848· για σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ΑΠ 30/2003 ΧρΙΔ 2003, 433· για σύμβαση ναυτικής εργασίας ΕφΠειρ 546/2010 ΕΝαυτΔ 2010, 397· για σύμβαση εργασίας με μηχανικό πλοίων που παρείχε υπηρεσίες σε ελλιμενισμένα πλοίου ΕφΠειρ 548/2010 ΕΕμπΔ 2011, 661· για σύμβαση πώλησης ΑΠ 124/2014 ΧρΙΔ 2014, 422· ΑΠ 1419/1998 ΔΕΕ 1999, 89· ΕφΠειρ 36/2012 ΕΕμπΔ 2013, 414· ΕφΠειρ 613/1994 ΑρχΝ 1995, 287· ΕφΘεσ 376/1994 Αρμ 1995, 14· για σύμβαση παραγγελίας διεθνούς οδικής μεταφοράς ΕφΘεσ 3039/1999 ΔΕΕ 2000, 3067· για σύμβαση αεροπορικής μεταφοράς ΕφΘεσ 2516/1998 Αρμ 1998, 1491· για σύμβαση επιθεώρησης πλοίου από νηογνώμονα ΕφΠειρ 404, 1989 ΠειρΝομ 1989, 180· για σύμβαση θαλάσσιας μεταφοράς ΕφΠειρ 570/1981 ΠειρΝομ 1981, 204· ΕφΠειρ 433/1980 ΕΝαυτΔ 1980, 417· για σύμβαση ναύλωσης ΑΠ 1038/1991 ΕΕμπΔ 1994, 276· ΕφΠειρ 35/2014 ΝΟΜΟΣ· ΕφΠειρ 145/2011 ΠειρΝομ 2011, 194).

9. Στην επίδικη περίπτωση όμως οι συναλλαγματικές ισοτιμίες είναι δύο και προσδιορίζονται αφενός μεν επί τη βάσει της τιμής αγοράς ευρώ/φράγκου και αφετέρου επί τη βάσει της τιμής πώλησης ευρώ/φράγκου στη διατραπεζική αγορά. Η διαφορά αυτή είναι ουσιώδης. Διογκώνει τον συναλλαγματικό κίνδυνο, καθιστά τον επίμαχο ΓΟΣ αδιαφανή έναντι του μέσου καταναλωτή (βλ. ΔΕΕ, 30.4.2014, Kásler και Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank, 26/13, Σκ. 73<sup>η</sup>, και, κατά λέξη, Γεν. Εισαγγελέα N. Wahl, 12.2.2014, Kásler και Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank, 26/13, Σκ. 30<sup>η</sup>, συναφώς δε, αναλυτικά, αρ. 18-22 της από 10.6.2015 Γνωμοδότησής μας), και διαφοροποιεί πλήρως τον επίμαχο ΓΟΣ από το ρυθμιστικό πρότυπο που προϋπέθεσε με την ΑΚ 291 ο έλληνας νομοθέτης. Πολύ δε περισσότερο αν αναλογιστεί κανείς ότι ο έλληνας νομοθέτης δεν είχε υπόψη του στεγαστικά δάνεια που αποπληρώνονται εντός 30 ή 40 ετών -ώστε να ανακύψει ανάγκη παρέκκλισης από τον κανόνα που έθεσε- αλλά τύπους συμβάσεων όπως αυτοί που τέθηκαν ήδη ενώπιον της κρίσης των ελληνικών δικαστηρίων (βλ. συναφώς αμέσως παραπ.).

10. Δεύτερον διότι, ακόμη και αν δεν υπήρχε ο επίμαχος ΓΟΣ, η ΑΚ 291 δεν θα εφαρμοζόταν. Τούτο οφείλεται στο πραγματικό γεγονός πως όλοι οι δανειολήπτες επέλεξαν να αποπληρώνουν τις δόσεις τους σε ευρώ επί τη βάσει της συναλλαγματικής ισοτιμίας του ευρώ προς το ελβετικό φράγκο. Οποτεδήποτε όμως υπάρχει ρήτρα διαζευκτικής πληρωμής, δηλαδή πληρωμής είτε με αλλοδαπό είτε με ημεδαπό νόμισμα, και ο οφειλέτης επιλέγει να πληρώσει στην ημεδαπή με αλλοδαπό χρήμα (όπως, πράγματι, συνέβη στην προκείμενη περίπτωση), τότε, κατά την απολύτως κρατούσα στη θεωρία άποψη, η ΑΚ 291 δεν εφαρμόζεται (βλ. Γαζή, σε ΕρμΑΚ 291 αρ. 3: «επί ρήτρας διαζευκτικής πληρωμής εις πλείονα νομίσματα ... πληρούνται αι προϋποθέσεις της διατάξεως, οσάκις ο δανειστής επελέξατο την εν τη ημεδαπή πληρωμήν εις αλλοδαπόν νόμισμα» Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 4<sup>η</sup> έκδ., 2004, § 11 αρ. 47 σημ. 33: «αν έχει συμφωνηθεί διαζευκτική ενοχή (πληρωμή είτε με ξένο είτε με το εγχώριο νόμισμα), η ΑΚ 291 θα εφαρμοσθεί, εφόσον έγινε επιλογή του αλλοδαπού νομίσματος· Ταμπάκη, σε ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, τ. ΙΙ, 1979, άρθρον 291 αρ. 9 στο τέλος: «εάν υπάρχει ρήτρα διαζευκτικής πληρωμής, δηλαδή είτε με αλλοδαπό είτε με ημεδαπό νόμισμα, η ΑΚ 291 είναι εφαρμοστέα, εάν ο οφειλέτης επέλεξε την πληρωμή στην ημεδαπή με αλλοδαπό χρήμα»· Κοντογεωργόπουλο, σε Απ. Γεωργιάδη, Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, τ. Ι,

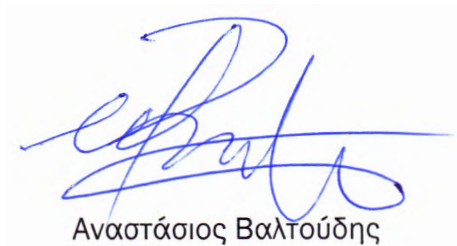
2010, Άρθρο 291 αρ. 11 στο τέλος: «εάν υπάρχει ρήτρα διααζευκτικής πληρωμής, δηλαδή είτε με αλλοδαπό είτε με ημεδαπό νόμισμα, η ΑΚ 291 θα εφαρμοστεί, εάν ο οφειλέτης επέλεξε την πληρωμή στην ημεδαπή με αλλοδαπό νόμισμα»).

11. Προκύπτει επομένως ότι ο επίμαχος ΓΟΣ δεν κρίνεται δηλωτικός της ΑΚ 291. Και τούτο αφενός μεν διότι το ρυθμιστικό πρότυπο της ΑΚ 291 προϋποθέτει τον κίνδυνο του οφειλέτη χρηματικής οφειλής από την ανατροπή μιας συναλλαγματικής ισοτιμίας (αυτής του αλλοδαπού νομίσματος) και όχι τον κίνδυνο ανατροπής δύο συναλλαγματικών ισοτιμιών, που πράγματι συντρέχει στην προκείμενη περίπτωση, και αφετέρου διότι, ακόμη και αν δεν είχε συνομολογηθεί ο επίμαχος ΓΟΣ, η ΑΚ 291 δεν θα εφαρμοζόταν, αφού οι δανειολήπτες επέλεξαν να αποπληρώσουν τα δάνειά τους σε ευρώ. Επομένως ο επίμαχος ΓΟΣ είναι -φαινομενικά μόνο- δηλωτικός και ως εκ τούτου υποκείμενος σε πλήρη έλεγχο διαφάνειας και δίκαιης εξισορρόπησης των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών.



Γεώργιος Δέλλιος

Θεσσαλονίκη, 14 Σεπτεμβρίου 2015



Αναστάσιος Βαλτούδης